

Sag C-480/22**Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement****Dato for indlevering:**

18. juli 2022

Forelæggende ret:

Verwaltungsgerichtshof (Østrig)

Afgørelse af:

23. juni 2022

Revisionsappellanter:

EVN Business Service GmbH

Elektra EOOD

Penon EOOD

Hovedsagens genstand

Udbudsregler – indkøbscentraler, der er beliggende »i en anden medlemsstat« – henførelse af den ordregivende enheds bestemmende indflydelse – klageprocedure – procesret – kompetence

Den præjudicielle forelæggelses genstand og retsgrundlag

Fortolkning af EU-retten, artikel 267 TEUF

Præjudicielle spørgsmål

1. Skal artikel 57, stk. 3, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF fortolkes således, at der foreligger levering af centraliserede indkøbsaktiviteter fra en indkøbscentral beliggende »i en anden medlemsstat«, når den ordregivende enhed – uafhængigt af spørgsmålet om henførelsen af denne

ordregivende enheds bestemmende indflydelse – er beliggende i en anden medlemsstat end indkøbscentralen?

2. Såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende:

Omfatter lovvalgsreglen i artikel 57, stk. 3, i direktiv 2014/25/EU, hvorefter »levering af centraliserede indkøbsaktiviteter« fra en indkøbscentral beliggende i en anden medlemsstat gennemføres i overensstemmelse med de nationale bestemmelser, der er gældende i den medlemsstat, hvor indkøbscentralen er beliggende, også bestemmelserne om klageprocedurer og klageinstansernes kompetence i Rådets direktiv 92/13/EØF af 25. februar 1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation?

3. Såfremt det første eller det andet spørgsmål besvares benægtende:

Skal direktiv 92/13/EØF og navnlig dets artikel 1, stk. 1, fjerde afsnit, fortolkes således, at de nationale klageinstansers kompetence til at behandle klager over ordregivernes beslutninger skal omfatte alle ordregivende enheder i den medlemsstat, hvor klageinstansen befinder sig, eller afhænger kompetencen af, om den bestemmende indflydelse over den ordregivende enhed [som omhandlet i artikel 3, nr. 4), litra c), eller artikel 4, stk. 2, i direktiv 2014/25/EU] udøves af regionale myndigheder eller offentligretlige organer, som kan henregnes til den medlemsstat, hvor kontrolinstansen befinder sig?

Anførte EU-retlige forskrifter

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF

Rådets direktiv 92/13/EØF af 25. februar 1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation

Anførte nationale retsforskrifter

Bundes-Verfassungsgesetz (forbundsforfatningen)

Niederösterreichisches Vergabe-Nachprüfungsgesetz (lov om udbudsklager for Niederösterreich)

Bundesvergabegesetz 2018 (forbundslov om indgåelse af offentlige kontrakter af 2018)

Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingernes forløb

- 1 Hovedsagen vedrører en udbudsprocedure (rammeaftale om gennemførelse af elektroniske installationsopgaver og de hermed forbundne bygge- og demonteringsopgaver), som er inddelt i 36 delkontrakter med leveringssted i Bulgarien.
- 2 Elektrorazpredelenie YUG EAD (herefter »EY EAD«) er et aktieselskab efter bulgarsk ret beliggende i Bulgarien, som i den nævnte udbudsprocedure fungerer som sektorordregiver.
- 3 EVN Business Service GmbH (herefter »EBS GmbH«) er et selskab efter østrigsk ret beliggende i Østrig. Det fungerer i udbudsproceduren som indkøbscentral for den ordregivende enhed, idet det skal indkøbe ydelserne på EY EAD's vegne og for dets regning (og dermed som dets stedfortræder).
- 4 I indkaldelsen af tilbud angives Landesverwaltungsgericht Niederösterreich (den regionale forvaltningsdomstol i Niederösterreich) som kompetent instans for klageprocedurer. Østrigsk lovgivning angives som den lovgivning, der finder anvendelse på »udbudsproceduren og alle heraf følgende krav«, og for »kontraktafviklingen« angives bulgarsk lovgivning.
- 5 100% af EY EAD og EBS GmbH ejes af EVN AG, hvoraf 51% igen besiddes af Land Niederösterreich, en østrigsk regional myndighed.
- 6 Elektra EOOD og Penon EOOD er bulgarske virksomheder, som har afgivet tilbud på enkelte delkontrakter i udbudsproceduren. Ved afgørelser af 28. juli 2020 og 30. juli 2020 blev det meddelt virksomhederne, at de ikke var blevet tildelt nogen delkontrakter. Virksomhederne anlagde søgsmål med påstand om ophævelse af disse afgørelser. Disse søgsmål blev imidlertid afvist som følge af manglende kompetence ved kendelser afsagt af Landesverwaltungsgericht Niederösterreich den 23. september 2020.
- 7 Landesverwaltungsgericht begrundede kendelserne med, at en afgørelse af spørgsmålet om, hvorvidt en bulgarsk virksomhed må indgå en kontrakt med en ordregivende enhed beliggende i Bulgarien, idet denne kontrakt skal opfyldes i Bulgarien og afvikles i henhold til bulgarsk lovgivning, ville udgøre et alvorligt indgreb i Bulgariens suverænitet, hvilket ville stå i modsætning til det folkeretlige territorialitetsprincip. Det fremgår heller ikke af forbundslov om indgåelse af offentlige kontrakter, hvilken forvaltningslovgivning der finder anvendelse på klageproceduren, og derfor er Landesverwaltungsgericht ikke kompetent.
- 8 EBS GmbH iværksatte appel til prøvelse af begge de nævnte kendelser, mens Elektra EOOD og Penon EOOD hver især iværksatte appel til prøvelse af den kendelse, der vedrørte den pågældende virksomhed. I appelsagen blev der fremlagt en afgørelse fra Republikken Bulgariens øverste forvaltningsdomstol,

som bekræftede, at den bulgarske udbudskontrolmyndighed ikke havde kompetence.

- 9 Appellerne blev begrundet med, at artikel 57, stk. 3, i direktiv 2014/25 skal fortolkes således, at den ikke kun omfatter den egentlige indkøbsprocedure, men også bestemmelserne om klageproceduren. Såfremt indkøbscentralen i materiel henseende skal anvende østrigsk lovgivning, skal den retslige procedure også føres efter østrigsk procesret – det afgørende er, hvor indkøbscentralen er beliggende.
- 10 P EEOD har desuden gjort gældende, at EY EAD er undergivet den østrigske Rechnungshofs (revisionsrets) kontrol, og at det er folkeretligt uproblematisk, at lovligheden af den indkøbsaktivitet, som udøves af en virksomhed, der er underkastet bestemmende indflydelse fra en østrigsk regional myndighed, kontrolleres i henhold til østrigsk procesret, selv om virksomheden er beliggende i en anden medlemsstat.

Kort fremstilling af begrundelsen for den præjudicielle forelæggelse

- 11 I den foreliggende sag opstår det spørgsmål, hvilke processuelle bestemmelser der finder anvendelse, og om den østrigske klageinstans er kompetent i en situation, hvor en sektorordregiver, som er underkastet indirekte bestemmende indflydelse fra en østrigsk regional myndighed og er beliggende i Bulgarien, foretager indkøb gennem en indkøbscentral beliggende i Østrig. Med henblik herpå skal først anvendelsesområdet (det første spørgsmål) og rækkevidden (det andet spørgsmål) af lovvalgsreglen i artikel 57, stk. 3, i direktiv 2014/25 bedømmes. Såfremt artikel 57, stk. 3, i direktiv 2014/25 ikke indeholder noget udsagn om den beskrevne situation, opstår det spørgsmål, efter hvilke parametre kompetencen og de processuelle bestemmelser, der finder anvendelse, da skal fastslås (det tredje spørgsmål).
- 12 EY EAD er sektorordregiver og beliggende i Bulgarien, og en majoritet af dets kapital besiddes indirekte af en østrigsk regional myndighed. Dette er fastsat som et muligt kriterium for, at der foreligger bestemmende indflydelse for både ordregivende myndigheder og offentlige virksomheder som omhandlet i direktiv 2014/25.

Det første spørgsmål

- 13 Anvendelsen af artikel 57, stk. 3, i direktiv 2014/25 forudsætter, at en centraliseret indkøbsaktivitet – som foreligger her – gennemføres gennem en indkøbscentral beliggende »i en anden medlemsstat«. Eftersom den ordregivende enhed, EY EAD, er beliggende i Bulgarien, men er underkastet bestemmende økonomisk indflydelse fra en østrigsk regional myndighed, er der holdepunkter for en henførelse til to medlemsstater.

- 14 Det kan ikke udledes af hovedreglen om fælles udbud i artikel 57, stk. 1, i direktiv 2014/25, som omhandler ordregivende enheder »fra forskellige medlemsstater«, på hvilket grundlag henførelsen til en bestemt medlemsstat skal foretages. Det forhold, at stk. 2 ved henførelsen af indkøbscentralen tager udgangspunkt i, hvor den er beliggende, taler imidlertid for at benytte en tilsvarende fremgangsmåde ved henførelsen af den ordregivende enhed.
- 15 Der kan fremsættes det modargument, at definitionen af en ordregivende enhed (eller ordregivende myndighed) ikke tager udgangspunkt i dens hjemsted, men derimod i, om den er underkastet bestemmende indflydelse fra en regional myndighed. På dette grundlag kan der argumenteres for, at der foreligger en indkøbscentral med hjemsted »i en anden medlemsstat«, når der ikke er tale om den medlemsstat, der har bestemmende indflydelse på den ordregivende enhed (gennem en regional myndighed).
- 16 Det fremgår derfor ikke klart for den forelæggende ret, efter hvilke kriterier det skal afgøres, om der foreligger en indkøbscentral med hjemsted »i en anden medlemsstat«.
- 17 Såfremt der ikke skal tages udgangspunkt i, hvor den ordregivende enhed er beliggende, finder artikel 57, stk. 3, i direktiv 2014/25 ikke anvendelse. Såfremt der derimod skal tages udgangspunkt i, hvor den er beliggende, og det første spørgsmål skal besvares bekræftende, er en besvarelse af det andet spørgsmål påkrævet.

Det andet spørgsmål

- 18 I henhold til artikel 57, stk. 3, i direktiv 2014/25 gennemføres »levering af centraliserede indkøbsaktiviteter« i overensstemmelse med de nationale bestemmelser, der er gældende i den medlemsstat, hvor indkøbscentralen er beliggende. Heraf fremgår det efter den forelæggende rets opfattelse klart, at den materielle lovgivning i den stat, hvor indkøbscentralen er beliggende, finder anvendelse. Det er imidlertid uklart, om dette også gælder for klageprocedurer eller for klageinstansernes kompetence.
- 19 Af 82. betragtning til direktiv 2014/25 fremgår det bl.a., at dette direktiv bør udpege »den gældende lovgivning om offentlige udbud, herunder den gældende lovgivning om klagemuligheder«. På denne baggrund vil en fortolkning af artikel 57, stk. 3, i direktiv 2014/25 medføre, at denne forskrift også omfatter de bestemmelser, der finder anvendelse på en klageprocedure. Også det forhold, at de materielle bestemmelser og klagebestemmelserne er forbundne, taler for, at lovgivningen i den stat, hvis materielle lovgivning finder anvendelse, anvendes i klageproceduren. Besvarelsen af dette spørgsmål er imidlertid ikke åbenbar for den forelæggende ret.
- 20 Såfremt det andet spørgsmål besvares bekræftende, vil østrigsk procesret finde anvendelse på klageproceduren. Såfremt det besvares benægtende, opstår

imidlertid som tidligere det spørgsmål, hvilken procesret der da finder anvendelse i den foreliggende sag.

Det tredje spørgsmål

- 21 I henhold til direktiv 92/13 skal det sikres, at der kan indgives klage over ordregivernes beslutninger; med henblik herpå henviser det bl.a. til anvendelsesområdet for direktiv 2014/25. Definitionen af en ordregivende enhed i direktiv 2014/25 indeholder ikke en udtrykkelig henvisning til virksomhedens hjemsted. Landesverwaltungsgericht anså en kompetence til at kontrollere den indkøbsaktivitet, der udøves af en ordregivende enhed med hjemsted i en anden medlemsstat, for at være problematisk ud fra folkeretlige betragtninger. Som modargument kan det imidlertid anføres, at det i en situation, hvor en ordregivende enheds hjemsted og bestemmende indflydelse kan henregnes til forskellige medlemsstater, er en betingelse for alle de mulige løsninger, at en national klageinstans skal bedømme fremgangsmåder, der har sammenhæng med en anden medlemsstat (enten i kraft af hjemstedet for den ordregivende enhed, der skal kontrolleres, eller i kraft af det forhold, at den ordregivende enhed er underkastet bestemmende indflydelse fra en regional myndighed i en anden medlemsstat).